LA COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA IMPUNIDAD EN GUATEMALA (CICIG) Y LA PERSECUCIÓN DE LOS CÁRTELES MEXICANOS CON EL TIPO PENAL DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD: ¿DOS ALTERNATIVAS A LA “GUERRA AL NARCOTRÁFICO” EN MÉXICO?

JESÚS PÉREZ CABALLERO *

1. INTRODUCCIÓN

Esta ponencia analiza dos maneras de combatir el narcotráfico no concebidas en su origen con ese objetivo. La primera es la labor de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), un instrumento que une lucha contra la impunidad y *state building*. La segunda es la expansión, hipotética, del concepto de crímenes contra la humanidad al crimen organizado, a partir del estudio de tres de los cárteles más relevantes que operaron en el México del sexenio de Felipe Calderón (2006-2012).

En la primera parte se discute el mandato de la CICIG, su estrecha relación con la desarticulación de los Cuerpos Ilegales y Aparatos Clandestinos de Seguridad (CIACS) y, a su vez, los vínculos de éstos con el crimen organizado, así como las ventajas (flexibilidad, estandarización internacional e impacto) e inconvenientes (alejamiento del mandato y diagnóstico equivocado de las soluciones) de la utilización de un instrumento de ese tipo contra el narcotráfico.

En la segunda parte, tras definir el tipo penal de crímenes contra la humanidad utilizado y diferenciarlo de los delitos que cometen las

* Doctorando en Derecho Penal por la UNED.

organizaciones criminales, se estudia el conflicto mexicano en el sexenio de Calderón y el umbral que cumplen los cárteles de Sinaloa, Zetas y Caballeros Templarios. Tras rechazar la hipótesis de la expansión de esa figura jurídica al crimen organizado, se detalla las ventajas (internacionalización jurídica de la situación e impacto) e inconvenientes (expansión indebida del tipo penal, diagnóstico erróneo de la situación con aspectos de legitimación política y consecuencias colaterales para el Estado mexicano por aplicársele esa figura) de valerse de ese tipo para combatir el narcotráfico.

Se concluye que el narcotráfico tiene un efecto en las agendas políticas que puede provocar la variación de un mandato, en el caso guatemalteco, o de un crimen internacional consolidado en la doctrina, en el caso mexicano, por lo que debe optarse por enfoques regionales y apegados estrictamente a los mandatos y a los tipos penales sobre crimen organizado.

2. LA CICIG Y EL NARCOTRÁFICO

2.1 El mandato de la CICIG en su contexto

2.1.1. El contexto guatemalteco

El estudio de la Guatemala que demandó la intervención de la CICIG[1] y la labor de este organismo híbrido (International Crisis Group [ICG], 2011a, 5) permiten observar cómo esta institución internacional se enfrenta al narcotráfico como uno de los delitos más relevantes del crimen organizado en el país centroamericano. La situación del posconflicto guatemalteco ha dado lugar a una fase en la que existen una serie de actores no estatales, los CIACS, que tras anidar en el Estado y dominar instituciones claves, han creado una situación de feudalización (Gutiérrez, 2008). Esta dinámica de contrapoderes y el vaciamiento del Estado permiten el desarrollo del crimen organizado. Guatemala es un Estado capturado, en una etapa de reconfiguración (Naveda, 2011), donde hay una lucha entre poderes emergentes y tradicionales, y en el que la teórica máxima autoridad, la estatal, es usada o debilitada por

[1] La presencia de la Comisión se ha renovado hasta septiembre del 2015. En este apartado se analiza sus cinco años de actividades (2008-2012).

actores no estatales como los CIACS o el crimen organizado. Esta incapacidad del Estado ha sido caracterizado como "Estado de Mafia Corporativa" (Peacock y Beltrán, 2006, 62) por lo que la relación de los CIACS o el crimen organizado con el territorio donde operan no es la misma que tiene un poder *de iure* o *de facto*, sino que se debe analizar en los términos de relación con la autoridad estatal y sustracción a ésta de espacios de acción o posibilidad de consolidar los sustraídos. Los condicionantes históricos (ICG, 2010, 2) unidos al vacío institucional, una situación geográfica a medio camino entre Colombia, por un lado, y México y EEUU, más su pobreza (que permite la adquisición de mano de obra para el crimen organizado), la fluidez de armas y la impunidad, provocan como resultados un terreno propicio para el narcotráfico (ICG, 2011b, 8-9).

2.1.2. El mandato de la CICIG

La CICIG fue creada por un Acuerdo entre la ONU y el gobierno de Guatemala[2]. Con un mandato dirigido a combatir la impunidad derivada de la existencia de los CIACS (CICIG, 2010, 4), pretende romper con las consecuencias del pasado haciendo que funcionen las instituciones del presente con un plan de acompañamiento a los organismos públicos combinado con la promoción del respeto a los derechos humanos y la gobernabilidad en diversos ámbitos de la sociedad civil. El mandato se divide en tres componentes (International Criminal Court Now [ICC NOW], 2011, 2-5):

- Operativo procesal. La Comisión se basa en la figura del querellante adhesivo, a manera de acusación particular que colabora con el Ministerio Público (Fiscalía) en la investigación y persecución penal de los integrantes de las estructuras criminales o casos individuales de alto impacto (CICIG, 2008, p. 4), esto es, que con su resolución dinamicen a los poderes públicos y a la ciudadanía para la consolidación del *rule of law* (CICIG, 2009, 23).

---

[2] Acuerdo entre la Organización de Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala relativo al establecimiento de una Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala, aprobado en Nueva York el 12 de diciembre de 2006 y entrado en vigor el 4 de septiembre de 2007 [en adelante Acuerdo CICIG].

- Depurador institucional. Apoyo al Estado para erradicar la vinculación o injerencia de CIACS en las instituciones y lograr el fortalecimiento de éstas (ICG, 2010, 22).
- Asesor técnico jurídico. Asesoría técnica y reformas que den lugar a medidas legales e institucionales para investigar, perseguir, erradicar y prevenir la delincuencia de los CIACS (CICIG, 2008, 4), así como informes temáticos sobre la actividad de esos entes criminales. Un ejemplo de lo primero, para la investigación penal, es "el desarrollo de herramientas de investigación contra la delincuencia organizada contenidas en la Convención de Palermo" (ICC NOW, 2011, 3). Entre estos se encuentra, por ejemplo, la figura del colaborador eficaz o sujeto arrepentido que colabora con la justicia, y que no estaba presente en el ordenamiento penal guatemalteco a pesar de su utilidad en la lucha contra el crimen organizado (Castresana, 2012, 14).

La CICIG ha sido impulsada por las Naciones Unidas pero no pertenece orgánicamente a esta institución, sino que se rige por su Acuerdo con el Estado de Guatemala. Tampoco se encarga de crímenes internacionales, ni es un mecanismo de justicia transicional (ICG, 2011a, 7). Además, entre sus mandatos no está la lucha directa contra el narcotráfico ni, a priori, el combate contra el crimen organizado transnacional. Sin embargo, sí se ha ocupado indirectamente de todos esos ámbitos. En lo que respecta al crimen organizado y el narcotráfico, el desmantelamiento de los CIACS es relevante, ya que algunas de estas organizaciones mantienen vínculos con narcotraficantes, como se verá *infra*. En esta línea, la mejora de las instituciones guatemaltecas fomenta que a la larga se cree las condiciones para atacar las bolsas de impunidad que provoca la acción del crimen organizado transnacional, y consecuentemente el narcotráfico.

El Acuerdo CICIG establece que los CIACS deben reunir las características de:

> "(i) Cometer acciones ilegales para afectar el pleno goce y ejercicio de los derechos civiles y políticos, y

(ii) Estar vinculados directa o indirectamente con agentes del Estado, o contar con capacidad de generar impunidad para sus acciones ilícitas[3]".

El núcleo del mandato es la desarticulación de estos grupos, pero el artículo citado permite la posibilidad de promover una línea centrada en los vínculos del crimen con el Estado ("vinculados indirectamente con agentes del Estado") y otra relacionada con la afectación de las instituciones por el crimen organizado ("capacidad para generar impunidad para sus acciones ilícitas"), ya que los CIACS concentran ambos rasgos. La primera es una interpretación del mandato estricta, al optar en exclusiva por el desmantelamiento de los CIACS y la segunda es más amplia e incluye elementos de *state building*.

La interpretación estricta, que deriva de una interpretación del papel de los CIACS en la historia del país y los intentos precedentes para su desmantelamiento (CICIG, 2010, 13), obliga a que los casos que investigue la Comisión estén relacionados con los actores no estatales vinculados al Estado, según se deriva del seguimiento estricto del artículo 2.1 (a-c) del Acuerdo[4]. Resalta la capacidad de estos entes para generar impunidad, teniendo en cuenta el precedente del conflicto civil y sus consecuencias por resolver.

La interpretación amplia del mandato, que fue la que se impuso y que ha permitido que consiguiera apoyos no sólo de organizaciones de

---

[3] Acuerdo CICIG, artículo 1.1 (d).

[4] Con el epígrafe "Funciones de la Comisión"afirma:
"1. Para lograr los propósitos y finalidades iniciadas, por el presente instrumento, la Comisión tendrá las siguientes funciones:
(a) Determinar la existencia de cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos, su estructura, formas de operar, fuentes de financiamiento, y posible vinculación con entidades o agentes del Estado y otros sectores que atenten contra los derechos civiles y políticos en Guatemala, de conformidad con los objetivos del presente Acuerdo;
(b) Colaborar con el Estado en la desarticulación de los aparatos clandestinos de seguridad y cuerpos ilegales de seguridad y promover la investigación, persecución y penal y sanción de los delitos cometidos por sus integrantes;
(c) Recomendar al Estado la adopción de políticas públicas para erradicar los aparatos clandestinos y cuerpos ilegales de seguridad y prevenir su reaparición, incluyendo las reformas jurídicas e institucionales necesarias para este fin".

derechos humanos, sino también de un sector de la elite empresarial guatemalteca o de países como EEUU (ICG, 2011a, 7), parte de que la desarticulación de los CIACS sólo es posible desde una perspectiva holística, que también se centre en las consecuencias de la parálisis derivada de la fuerza de esos actores, por lo que la presencia de cifras de impunidad elevadas y el poder de grupos de crimen organizado con un vínculo estatal más tenue (por ejemplo: tolerancia), derivan en último extremo de la incapacidad del Estado. Esta posición, a pesar de sus resultados positivos, ha sido criticada por falta de coherencia en los casos y un enfoque improvisado que, en último término, se aleja de los objetivos del mandato (ICG, 2011 a, 10). En todo caso, fue por esta vía por la que se afrontaron diversos casos relacionados con el narcotráfico y es la consolidada en la actualidad.

2.2 Definición y tipología de los CIACS

2.2.1 Definición

Los CIACS surgieron "en el enfrentamiento armado interno como estructuras criminales que contaban con la participación, o al menos la aquiescencia, de agentes del Estado, y que eran responsables de graves violaciones a los derechos humanos" (ICG, 2011a, 1) y que no se disolvieron, sino que mutaron tras el fin del conflicto (Castresana, 2012, 5). En el anexo del Acuerdo de Paz de 1994 de Derechos Humanos[5] se alude a ello, consecuencia del peso de estos entes que en las "casi cuatro décadas de guerra [1960-1996], […] [desarrollaron] un tejido de relaciones entre las fuerzas de seguridad, tanto legales como ilegales, y [con] otros sectores de la sociedad guatemalteca" (Peacock y Beltrán, 2006, 17).

Los cuerpos ilegales de seguridad (CIS) son los paramilitares que fueron armados por el ejército para realizar ataques contra la población civil y conocidos como Patrullas de Autodefensa Civil (PAC) (Castresana, 2012, 8; Amnistía Internacional [AI], 2002, 12). Tras el

---

5 "Compromiso de que no existan cuerpos de seguridad ilegales y aparatos clandestinos", según el Acuerdo Global sobre Derechos Humanos entre el Gobierno de la República de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, aprobado y entrado en vigor en México DF el 29 de marzo de 1994, Punto IV.1.

conflicto no se retiraron y pasaron a la policía o a realizar labores en empresas de seguridad privada "al servicio [...] de empresarios urbanos y rurales, con tareas de protección [...] más allá del control de las instituciones de seguridad pública, y [...] bajo el mando de sus antiguos jefes militares [...]" (Castresana, 2012, 8). En estos CIS "participan agentes estatales de manera directa o indirecta, logrando con ello altos índices de impunidad estructurada dentro de las instituciones del Estado" (Fundación Myrna Mack, 2007, 14-15) y destacan por su control a nivel local (Peacock y Beltrán, 2006, 35).

Los aparatos clandestinos de seguridad (ACS) son "grupos creados por las unidades de inteligencia militar, que en el esfuerzo de la guerra infiltraron las instituciones del estado en labores de contrainsurgencia" (Castresana, 2012, 8). Tampoco se desmantelaron tras el conflicto y algunos, como en el caso anterior, pasaron a la policía, mientras que:

> Los "que habían infiltrado las instituciones permanecieron en ellas, en parte como botín de guerra con el objetivo de rentabilizar económicamente al servicio del mejor postor su control de aquellas instituciones, en parte -especialmente los que habían infiltrado los organismos del sistema de seguridad y justicia-para procurarse y procurar impunidad" (Castresana, 2012, 8-9).

Por tanto, los ACS actúan en las instituciones estatales y crean estructuras de poder, aprovechando los vínculos logrados en la guerra civil.

2.2.2 Tipología

Los CIACS actúan en la sociedad guatemalteca como:

> Una "red informal y amorfa de individuos poderosos [...] que se sirven de sus posiciones y contactos en los sectores público y privado para enriquecerse a través de actividades ilegales y protegerse ante la persecución de los delitos que cometen" (Peacock y Beltrán, 2006, 5).

Su estructura y actividades están en movimiento (Gutiérrez, 2008) con el rasgo en común de sus vínculos, variables, con el Estado. La tipología de los CIACS puede entenderse a partir de la imagen de unos círculos concéntricos. En el círculo central, estarían aquéllas

organizaciones que tienen entre sus dirigentes a sujetos vinculados al Estado o a sus fuerzas de seguridad (Peacock y Beltrán, 2006, 41). En un círculo exterior inmediato, ligado al núcleo por su posición intercambiable, estarían los CIACS que cuentan con personas que han ocupado cargos en el Estado, sea durante el conflicto o el postconflicto y que usan esos vínculos o la situación de poder de facto para lograr sus objetivos ilegales, a la espera de volver a tomar las instituciones (ICG, 2011a, 12-13; Peacock y Beltrán, 2006, 19-39). Estos dos tipos de CIACS tienen un objetivo político, pero no en el sentido de los grupos insurgentes, donde el control territorial es lo primordial, ni esa intención política es del mismo nivel que en época de la guerra civil. Su política sólo se manifiesta en algunas ocasiones con un patrón de violencia (Fundación Myrna Mack, 2006, 2-4 y 7), para lograr la consolidación de su poder que es correlativa al mantenimiento de la impunidad y donde el aparato estatal es un instrumento más en concurrencia con otros extraestatales. En un tercer círculo, estarían los CIACS vinculados a otras organizaciones criminales, y en lo que respecta a este texto, interesan las relativas al narcotráfico. Finalmente, un cuarto círculo sería el de aquellos CIACS que, partir de una estructura en red, aprovechan el contexto de impunidad y hacen valer sus contactos con los poderes del Estado para realizar sus actividades lícitas o ilícitas. Por ejemplo, la CICIG ha aludido a estos últimos CIACS en los informes temáticos relativos al tráfico de armas (CICIG, 2009b, 95 y 105) y a las adopciones irregulares (CICIG, 2010b, 23 y 33-45).

2.3 CIACS, crimen organizado y narcotráfico

2.3.1 Presupuestos analíticos: Definición y características del crimen organizado transnacional

¿Qué quiere decirse cuando se afirma que el crimen organizado es una amenaza para la seguridad internacional? El concepto de crimen organizado puede diferenciarse entre doméstico y transnacional. Esta última categoría es la que afecta a la seguridad del Estado, por los problemas que genera de gobernabilidad, violencia y, en el caso del narcotráfico, salud pública, así como por el efecto corruptor en las instituciones, como demuestra el caso guatemalteco.

Tradicionalmente, cada país enfoca su legislación sobre delincuencia organizada según la criminalidad a la que se enfrenta. En

España, la legislación penal sobre crimen organizado ha servido para luchar contra la criminalidad política, luego se ha perfilado a partir de su aplicación a las organizaciones terroristas y ahora se usa también para reprimir la citada criminalidad organizada transnacional, lo que va en detrimento del principio de legalidad, entre otras críticas doctrinales (Zúñiga, 2009, 236-237). También la propia Ley Contra la Delincuencia Organizada guatemalteca establece que el grupo criminal al que se aplica no tiene por qué tener sólo como fin el ánimo de lucro ("con la finalidad de obtener, directa o indirectamente un beneficio económico o de cualquier índole para sí o para tercero[6]"), lo que muestra cómo la regulación sobre crimen organizado de Guatemala está condicionado por los CIACS. Sin embargo, y aunque estas circunstancia ilustran la dificultad para definir internacionalmente tal figura (Vlassis, 2005, 138), se ha llegado a un consenso con la Convención internacional sobre la materia adoptada en el año 2000, que busca unificar las legislaciones en la definición, la punición de conductas delictivas y la cooperación judicial. En su artículo 2 se define "grupo delictivo organizado" como:

> [U]n grupo estructurado de tres o más personas, que exista cierto tiempo, y que actúe concertadamente, con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico y otro beneficio de orden material[7].

Con la definición convencional se cumple un mínimo centrado en tres elementos:

- Existencia de una organización estructurada, lo que indica permanencia.

---

6 Ley Contra la Delincuencia Organizada de Guatemala. Decreto Número 21-2006, aprobada en Guatemala el 2 de agosto de 2006 y entrada en vigor el 17 de agosto de 2006, artículo. 2. http://www.refco.org.pa/sites/refco/files/Ley Contra la Delincuencia Organizada GUATEMALA_0.pdf

7 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, aprobada en Palermo el 15 de noviembre de 2000 y entrada en vigor el 29 de septiembre de 2003, artículo 2.

- Comisión de delitos graves. El artículo 2.b. señala que una infracción grave será la que lleve aparejada una pena privativa de libertad de al menos cuatro años o pena más grave.
- Ánimo de lucro.

A esos elementos organizativo, dañoso y teleológico, se añade a efectos analíticos qué debe reunir cada uno para que la organización criminal suponga un desafío al Estado, como sucede con el narcotráfico en Guatemala o México. En lo que respecta a este umbral, una organización criminal requiere recursos suficientes para ejercer la violencia a gran escala y la intención de cometer delitos graves para obtener un beneficio económico, y *en ese proceso* cuestiona políticas del Estado o incluso su monopolio de la violencia. El indicio de que la organización posee la capacidad de cometer delitos graves y provocar un daño especial al Estado está relacionado con los dos ámbitos a partir de los que se ha querido categorizar el crimen organizado: el tráfico de bienes ilícitos (sobre todo drogas) y el negocio de la coerción privada (Serrano, 2005, 31-32 y 36-39). En el primer punto, los delitos se realizan principalmente para asegurar el tráfico de las rutas de la droga, mientras que en el segundo se busca la impunidad, con la amenaza o el daño a quienes se opongan a sus objetivos.

2.3.2 CIACS, crimen organizado y narcotráfico

Como se ha visto, existe una relación fluida entre los CIACS, los poderes públicos y el crimen organizado, sin una subordinación de unos a otros. Los CIACS se valen a veces de la cobertura y apoyo estatal, otras son estructuras dentro del Estado quienes impulsan a otras estructuras legales o ilegales, que a su vez cooperan con organizaciones criminales transnacionales, etc. CIACS y crimen organizado son conceptos distintos, pero ambos confluyen en el aprovechamiento de la debilidad del Estado con acciones ilegales y sólo en los casos en los que el aprovechamiento conlleva la presencia de poderes públicos, por acción u omisión, se detecta la presencia de CIACS, ya que éstos son "grupos de delincuencia organizada" con un *plus político* por sus vínculos con el Estado (CICIG, 2010a, 4; Peacok y Beltrán, 2006, 6). Es la porosidad institucional y la impunidad reseñadas con anterioridad, las que revelan que los CIACS alojados en instituciones públicas pueden tolerar al crimen organizado, por compartir intereses delictivos (Castresana, 2012, 10).

Entre las organizaciones criminales investigadas por la CICIG que tienen vínculos con los CIACS se encuentran las dedicadas al narcotráfico. La labor de esta Comisión se ha centrado tanto en las redes guatemaltecas asentadas en el territorio (ICG, 2011b, 14-23) como en las foráneas, en concreto las mexicanas. Así, ha promovido casos para desarticular aparatos clandestinos al servicio de un narcotraficante local, en el caso Secuestro Retalhuleu; remover un grupo de policías al servicio del cártel mexicano de los Zetas, en los casos Amatitlán y Fusión; o de lavado de dinero del narcotráfico, por testaferro en el caso Rubén Rosales o por bancos del sistema, en el caso Montes (CICIG, 2012, 21-23).

En el Caso Secuestro Retalhuleu, se revela que un narcotraficante, Juan Ortiz "Chamalé", "ejercía su control territorial mediante la eliminación de competidores", además de que "contaba con la capacidad de intimidar a sus víctimas para que cambiaran su testimonio, algo que ocurrió sin que fiscales o jueces del área se pronuncien" (CICIG, 2012, 22-23). En el caso Amatitlán se puso fin a la:

> [I]ntervención de mandos superiores de la PNC [Policía Nacional Civil] en operativos dirigidos a apoderarse de la droga de grupos del narcotráfico; y a garantizar la impunidad de agentes policiales relacionados con las mismas organizaciones criminales, que "presuntamente estarían al servicio de la organización criminal de 'Los Zetas" (CICIG, 2012, 21).

La investigación de la CICIG se centró en averiguar el proceso de reclutamiento de los funcionarios públicos, así como "determinar hasta donde ha llegado la penetración a otras estructuras del Estado". A su vez, dio lugar a la ramificación en el caso Fusión, lo que apunta a colaboraciones policiales ad hoc y sin una vinculación continua con un grupo criminal (ICG, 2010, 14). Este último caso es un indicio de cómo el narcotráfico en el país centroamericano ha estado condicionada recientemente por la presencia de los Zetas, un cártel mexicano, lo que unido a los vínculos de narcotraficante nativos con organizaciones de ese país, entre otros, el citado "Chamalé" con el cártel de Sinaloa (ICG, 2011b, 17), obliga a adoptar una perspectiva regional para abordar la situación. Esto es claro si se analiza las características del cártel de los Zetas. Se trata de una organización atípica formada en su origen por ex militares mexicanos, que empezaron a trabajar como sicarios para el cártel del Golfo en 1998, y tras un proceso de autonomización rompieron con sus patronos en 2010. Es un cártel reciente, sin una región geográfica

o vínculo familiar que les dé nombre, más móvil (movilidad táctica y estratégica por su origen militar, lo que les permite un *modus operandi* fácil de replicar; y en cuestión de diversificación de sus objetivos, ya que priman no sólo el narcotráfico, sino también crímenes más violentos, como la extorsión y el secuestro), lo que provoca que esté presente en la mayoría de Estados mexicanos (ICG, 2013, 11-13 y 48). Desde 2007 actúa en Guatemala, primero aprovechando la presencia de su anterior empleador, el cártel del Golfo, y posteriormente por razones propias, centradas en la colaboración con grupos locales y el aseguramiento de una zona clave en la distribución de la droga que llega a México, tras un acuerdo de *do ut des* (seguridad por implantación e infraestructuras) con el narcotraficante Walter Horst Overdick, frente a las familias León, Lorenzana y Mendoza, si bien los vínculos son variables (ICG, 2011b, 2-6; Dudley, 2011, 3-6 y 16). Tras algunos golpes policiales, esta “red amorfa pero sólida” y “aparentemente desactivada pero funcional”, sigue en la región y cuenta con capacidad de penetración, si bien se encuentra con tres problemas: la dificultad de expandirse a zonas en los que hay presencia de grupos guatemaltecos como los Mendoza o en las que opera su rival Sinaloa; la respuesta estatal; y el hecho de que los mismos aliados de los Zetas desconfíen de ellos por su imprevisibilidad violenta (Dudley, 2011, 16-17).

2.4 Balance

Las ventajas que tiene usar un instrumento como la CICIG contra el narcotráfico son la flexibilidad, la estandarización internacional y el impacto:

- Flexibilidad. La CICIG es un instrumento menos intrusivo en la soberanía nacional que otros modelos. La situación no requiere una intervención en el sentido del Capítulo VII de la Carta de NNUU ni la labor coactiva del Consejo de Seguridad, por lo que la soberanía guatemalteca queda intacta. El Estado goza, frente a los males que padece, del privilegio de que algunos de los profesionales más cualificados se interesen por la situación del país y coadyuven al establecimiento de niveles aceptables de crimen e impunidad. El mandato está redactado con un enfoque en un tipo de actor no estatal, pero su capacidad de acción, incluidos sus vínculos con el crimen organizado, permite tener un impacto indirecto en la lucha contra el narcotráfico

- Estandarización internacional. La CICIG detecta los errores del sistema de lucha contra el crimen organizado y ayuda a modificar la legislación. Se produce una estandarización conforme a los patrones más altos e instituciones como la judicatura o la policía son monitorizadas y deben, a priori, adaptar sus patrones a la lucha contra la impunidad. Dado que la CICIG construye casos, la situación es más complicada que una mera intervención internacional en la que se elimina a una de las partes y las instituciones vuelven a funcionar con la intervención foránea. Se trata más bien de un proceso progresivo en pos de ese estándar.
- Impacto. La Comisión tiene un efecto didáctico a escala nacional y coloca el posconflicto de Guatemala en el panorama internacional. Las cifras de impunidad continúan en el país, pero con el foco en algunos casos y su impulso ponen bases, cuanto menos teóricamente, para la viabilidad de un sistema que resista al crimen organizado.

Sin embargo, estos efectos positivos tienen su contraposición en lo negativo de enfocar la CICIG como un instrumento de combate del crimen organizado: alejamiento del mandato y diagnóstico equivocado de las soluciones:

- Alejamiento del mandato. La CICIG no tiene como objetivo directo luchar contra el narcotráfico. Si ha habido casos en los que se ha desarticulado grupos relacionados con este crimen ha sido porque han estado relacionadas con CIACS. El enfoque del crimen organizado frente al de los CIACS desvía las causas de la violencia en Guatemala, que están ligadas a la presencia debilitadora de esos actores no estatales, que sin tener la carga política que poseían en la guerra civil, actúan corrompiendo a los poderes públicos y son especialmente tendentes a infiltrarse en las instituciones. El enfoque hacia los CIACS tiene como efecto directo la debilitación del crimen organizado, y de parte el narcotráfico, pero es dudoso que suceda al revés, por lo que la CICIG podría acabar en una lucha quijotesca que afecte su viabilidad.
- Diagnóstico equivocado de las soluciones. El problema anterior tiene su correlato lógico en éste. Una posible erradicación de los CIACS, y por ello se estableció una CICIG, viene del fortalecimiento de los poderes públicos. Sin embargo, el narcotráfico en este país centroamericano obliga a una perspectiva regional, ya que las

organizaciones criminales transnacionales se aprovechan de esa falta de enfoque. Un modelo CICIG, de ámbito regional y con un mandato estricto enfocado a combatir las organizaciones criminales transnacionales dedicadas al narcotráfico, podría ser la opción adecuada.

2. LA "GUERRA AL NARCOTRÁFICO" Y LA POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DEL TIPO PENAL DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD A LOS CÁRTELES MEXICANOS

2.1 Presupuestos analíticos

2.1.1 Definición de crímenes contra la humanidad

El concepto de crímenes contra la humanidad del que se parte es el de un tipo de crimen internacional del denominado Derecho Penal Internacional (DPI) (Ambos, 2005, 34-35; Cassese, 2003, 15; Gil, 1999a, 18), es decir, un hecho ilícito cuya comisión da lugar a responsabilidad penal individual porque afecta a bienes jurídicos fundamentales y puede conllevar la intervención de la comunidad internacional. La definición más apropiada de crímenes contra la humanidad es la de una serie de delitos cometidos en un contexto determinado (el llamado "elemento contextual"), a saber, el marco de un ataque generalizado, que indica que el hecho es masivo, o sistemático, por la existencia de una política estatal o equivalente; contra una población civil (en sentido amplio, esto es, incluyendo por ejemplo a militares que han dejado las armas); y con conocimiento de dicho ataque. Además, el autor debe ser un individuo vinculado a o con la tolerancia de, un Estado u organización que controla *de iure* o *de facto* un territorio (el llamado "elemento político") (Dixon, 1999, 121-129; Gil, 1999b, 151).

Esta figura jurídica nació ligada al Derecho de la Guerra, sustanciado en lo que respecta a la materia en la Cláusula Martens, y ganó autonomía a partir de su tipificación en el Estatuto de Nuremberg y el posterior desarrollo doctrinal, principalmente por la labor de la Comisión de Derecho Internacional, y jurisprudencial, sobre todo a partir de los años noventa del siglo pasado, con los tribunales ad hoc para la ex

Yugoslavia y Ruanda (Werle, 2011, 38-39), hasta su tipificación en el art. 7 ECPI[8].

2.1.2 El crimen organizado a la luz de los crímenes contra la humanidad

De la confrontación de la definición de crímenes contra la humanidad de la que se parte en este trabajo con la que se ha adelantado del crimen organizado se derivan las siguientes conclusiones útiles para deslindar ambos términos:

---

[8] Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado en Roma el 17 de julio de 1998 y entrado en vigor el 1 de julio de 2002, artículo 7. El contenido del artículo útil para esta ponencia es el que establece:

"1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por 'crimen de lesa humanidad' cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

a) Asesinato;
b) Exterminio;
c) Esclavitud;
d) Deportación o traslado forzoso de población;
e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
f) Tortura;
g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
i) Desaparición forzada de personas;
j) El crimen de apartheid;
k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por 'ataque contra una población civil' se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política".

- Crimen internacional no es sinónimo de todo aquél regulado en una convención internacional. Los crímenes contra la humanidad deben usarse en un sentido técnico, no amplio. Desde el punto de vista moral, emotivo, etc., un atentado terrorista como el del 11 de septiembre, los ataques violentos en México por individuos ligados a cárteles o conductas similares son escandalosamente graves y concitan el reproche de cada ser humano, pero esto no significa que automáticamente sean crímenes contra la humanidad, una figura perfilada que requiere en el plano técnico jurídico la interacción entre los elementos contextual y político. Según el DPI, los crímenes internacionales son los más graves para la comunidad internacional y en su caso pueden motivar la intervención sin consideraciones a la soberanía estatal. El componente penal del crimen internacional obliga a seguir el principio de la doble subsidiariedad del Derecho Penal: Este Derecho sólo actúa como última opción, y en el caso de tener un matiz internacional sólo lo hará cuando la situación sea tan grave que el Estado no quiera poner orden o sea incapaz de hacerlo. Por ejemplo, que el Estado siga siendo la máxima autoridad del territorio puede indicar que no se está ante crímenes contra la humanidad (Schabas, 2008, 972-974).

Los crímenes internacionales son un tipo de crimen especialmente grave y que ha provocado un consenso en la comunidad internacional para tipificarlo como tal e incluso da lugar a responsabilidad individual aunque no esté tipificado en el ordenamiento interno, fruto de la cristalización de la costumbre internacional o práctica de los Estados. Por tanto, y de momento, sólo son crímenes internacionales según el artículo 5 del ECPI: el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Otros delitos que han sido recogidos en convenciones internacionales para su punición son reconocidos como graves, como el terrorismo o el crimen organizado, pero no son crímenes internacionales. Un ejemplo de esto es el citado artículo 2b de la Convención contra el crimen organizado, que hace depender la gravedad de los delitos de la legislación interna, lo que indica que tal gravedad no depende de su naturaleza, sino de la formalidad de la pena aparejada; y sugiere que sólo son crímenes transnacionales si lo tipifica la legislación interna, mientras que los internacionales lo son con independencia de su tipificación nacional.

Al respecto, es ilustrativo el debate sobre la materia que se da en Venezuela. Modolell critica que la jurisprudencia de ese país establezca que el narcotráfico es un crimen de lesa humanidad porque la Constitución venezolana lo considera imprescriptible, lo que es un error, ya que la dureza de la pena aparejada a un delito no tiene por qué condicionar su naturaleza; y por la existencia de convenios internacionales que lo regulan, lo que supone otro error, al deducir de la regulación internacional la costumbre internacional, cuando el proceso de sedimentación de tal costumbre prima lo material sobre lo formal (Modolell, 2008, 340-341 y 345).

- El elemento político impide que el crimen organizado *per se* pueda ser objeto de la Corte Penal Internacional (CPI). A pesar de que, paradójicamente, el impulso de este tribunal provino de la lucha contra el narcotráfico (Zimmermann, 1999, 98-99), las organizaciones criminales transnacionales no cumplen con el elemento político. Las propias NNUU no sólo no relacionan las tipologías de las organizaciones criminales con un parámetro político, sino que tampoco ninguna de sus tres unidades de análisis (grupos, *clusters* y mercados) ni sus diez variables de las organizaciones criminales transnacionales (estructura, tamaño, actividades, operaciones transfronterizas, identidad, violencia, corrupción, influencia política, penetración en la economía legítima y cooperación con otros grupos organizados) trata ese elemento directamente (United Nations. Office on Drugs and Crime, 2002, 8-19), que es clave para detectar la presencia de crímenes contra la humanidad. La única variable que puede analizarse desde esa perspectiva es la "influencia política", pero como se ha visto para Guatemala esto no significa un control territorial estricto, sino que deja un interrogante sobre quién es la máxima autoridad, contrariamente a los casos en los que la autoridad es obvia, señal de que el grupo puede haber evolucionado y tiene la capacidad de generar los ataques. Como sostiene Garzón Vergara, la capacidad de las organizaciones criminales debe evitar definirse:

> [A] partir de las acciones que realiza para responder a la ofensiva del Estado o confrontar a otras facciones ilegales", ya que existen "conexiones entre lo legal y lo ilegal, lo formal y lo informal, en contextos de debilidad institucional y deterioro de la cultura de la legalidad" (Garzón Vergara, 2012, 8).

Esto impide la creación de una situación en la que los elementos contextual y político que dan lugar a la responsabilidad penal internacional estén fijados con claridad Los argumentos logísticos, como por ejemplo la centralización de los poderes de persecución en un sólo tribunal internacional, para evitar los obstáculos de las legislaciones nacionales (Schloenhardt, 2004, 2-3) se topan con el hecho de que los crímenes no se internacionalizan por cuestión de cooperación judicial, sino por impunidad prolongada, y el tráfico de drogas no tiene un problema de impunidad en el mismo sentido que esos crímenes. Podría hacerse una doble cámara, una para los crímenes internacionales y otra para los transnacionales, pero el problema es si es factible, porque la división entre unos y otros es material, otorgada por los Estados según unas características que los transnacionales no reúnen. La CPI sería el instrumento idóneo por ser una institución independiente, por su supuesta capacidad de coacción universal, etc (Smith, 2009, 1121 y 1154), pero para lo que se pide, no se ve por qué debería usarse este instrumento y no otros relacionados con el *state building*, con el fortalecimiento de las instituciones donde opera esa organización criminal o con la cooperación transnacional. Derivar de la necesidad de cooperación y colaboración entre instituciones y Estados un rebajamiento de las exigencias para que un crimen sea internacional no es aceptable. Para argumentar la ampliación no se puede alegar motivos logísticos y mero empirismo, sino que debe explicarse por qué los actos cometidos por individuos vinculados a organizaciones criminales son crímenes contra la humanidad: La vía es explicar si derivan de la capacidad de la organización, control territorial, el rol del Estado (por omisión o por colapso), etc.

¿Puede, pues, la jurisdicción de la CPI interpretarse de manera que abarque crímenes transnacionales? Si no, ¿puede el mandato de la CPI ampliarse para que abarque esos crímenes? Ninguna de estas opciones es posible. Las tesis que pretenden ampliar el concepto parten de una analogía *in malam partem* que obvia el principio *nullum crimen singe lege*[9]. La ambigüedad de la definición de Palermo, deliberada para favorecer la cooperación interestatal en la materia, no debe trasfundirse al término "actor estatal o equivalente". Han de rechazarse las tesis que parten de dotar de unidad a posteriori a los actos de las organizaciones

9 Prohibidos en el art. 22.1 y 2 del ECPI.

criminales e identifican una política con una intención de obtener un beneficio, derivando del impacto cuantitativo consecuencias cualitativas para los Estados en los que estas organizaciones operan. Estos argumentos *presentan un esqueleto y dicen que es un cuerpo*, ya que un "ataque generalizado" en el sentido del artículo 7 ECPI no equivale a la intención de individuos vinculados a una organización criminal de hacer negocios ilícitos con un determinado resultado de muertes para consolidar una posición de control de partes de un territorio o influir en las autoridades del lugar donde se opera.

- Reafirmación en el análisis de la interacción entre elementos contextual y político en los crímenes contra la humanidad. La consideración de que el crimen contra la humanidad depende de la interacción entre elementos contextual y político provoca que individuos vinculados a una organización terrorista o criminal sólo puedan cometer crímenes contra la humanidad si sus organizaciones llegasen a un nivel de control territorial que les hiciera mutar su naturaleza. De manera esquemática, se puede afirmar que en la gradación criminalidad común, criminalidad organizada, mafia o aparatos de coerción privada, organización terrorista, organización insurgente, facción rebelde que controla un territorio, Estado *de facto* y Estado *de iure*, los tres últimos suelen estar presentes cuando se cometen crímenes contra la humanidad, mientras que el resto (salvo la criminalidad común, la criminalidad organizada que no contemple desafiar al Estado y los terroristas individuales que cometan actos aislados, por carecer de recursos para sostener ataques generalizados) sólo podrán cometer crímenes contra la humanidad si se demuestra una tolerancia estatal hacia esas conductas o se producen unas circunstancias excepcionales y resumidas en colapso de la máxima autoridad del territorio, capacidad para actuar como poder *de facto* y la intención de tal grupo de consolidarse como tal autoridad y evitar el dominio estatal.

De hecho, la mutación que pueden sufrir las organizaciones criminales y que las convierte en actores no estatales cuyos miembros pueden cometer crímenes contra la humanidad tienen que ver con situaciones que también están relacionadas con los elementos clásicos (conflictos armados internacional o interno) y con la variante de colapso sustancial o total del Estado en el que operan. La mutación se podrá dar de dos maneras:

- Politización de la organización criminal. Respecto a los elementos clásicos, un conflicto armado puede crear una situación de violencia generalizada que erosione las instituciones y sea aprovechado por las organizaciones desde una perspectiva no sólo económica, sino también política, en tanto elementos que de por sí tienen una estructura más impermeable a la inestabilidad (De la Corte, 2011, 19-20).
- Criminalización de actores armados. En este caso una organización que de por sí es parte de un conflicto incluye dentro de sus actividades el crimen organizado (De la Corte, 2011, 22), a la manera de los fenómenos de hibridación o transformación para la relación entre organizaciones terroristas y crimen organizado (De la Corte y Giménez-Salinas, 328-331). En estos casos el umbral es más fácil de obtener ya que como partes de un conflicto armado se les presupone que cumplen el elemento político del art. 7 ECPI.

A efectos analíticos se estudia el tipo de crimen organizado que arroje dudas respecto a su naturaleza porque supone un desafío relevante para el Estado. Para esto se deberá analizar si se da un tipo de organización, que no basta que cumpla los rasgos de la Convención de de Palermo (Kress, 2010, 858), sino que ha de tener la capacidad, al menos potencial, de imponerse al Estado o aprovechar con intención política su descontrol. En esta ponencia se constata la dificultad de llegar a ese umbral, ya que en general hasta las organizaciones criminales más poderosas se limitan a enraizar en la sociedad, pueden convivir en paralelo con el Estado y no lo alteran de manera material. No se habla aquí en términos morales, ya que un estado de impunidad generalizado puede socavar a largo plazo a la sociedad, y por tanto transformar al Estado.

2.2 Problemas de la expansión del tipo penal de los crímenes contra la humanidad a los cárteles del sexenio 2006-2012

2.2.1 Cuestiones materiales

En primer lugar, los problemas de la expansión de la figura de crímenes contra la humanidad tienen que ver con la naturaleza del conflicto mexicano. México, tras casi un siglo de gobierno del Partido Revolucionario Institucional (PRI), está en transición de un régimen autoritario y de fuerte control social que mantenía subordinado al crimen

organizado (Flores y González, 2008, 75-76; Resa, 2003, 2 y 9), a otro democrático, donde se da un conflicto por espacios de poder, en el que una de las partes son organizaciones criminales ligadas al narcotráfico. Ante esto, el Partido de Acción Nacional (PAN), gobernante en el sexenio analizado, militarizó la lucha contra los narcotraficantes, lo que unido al conflicto por el control del negocio entre las organizaciones criminales ha provocado un aumento de la violencia (Flores y González, 2008, 74-80).

El conflicto presenta puntos compartidos con otros como la privatización de la violencia (Resa, 2003, 10-11), la consolidación de zonas al margen del poder estatal (Rodríguez Sánchez y Nieto, 2010, 89 y 93; Manwaring, 2009, 6-8), el uso de tácticas de insurgencia en tanto forma violenta de combatir el Estado que se vale de diferentes medios (Jordán, 2011, 114-120 y 123-126) con otros novedosos como el refuerzo de los aspectos informativo y propagandístico que dan vitalidad al conflicto asimétrico (Resa, 2004, 5-6) y el aprovechamiento de nuevas formas de organización, lo que proporciona una ultraestabilidad alta de los cárteles mexicanos, entendida como capacidad elevada de aprendizaje, innovación y renovación (Zúñiga, 2009, 132-133). Las características del conflicto que se derivan son:

- Conflicto violento que no llega al umbral de conflicto armado interno. No puede hablarse de conflicto armado interno, ya que no existen ni dos ejércitos, ni un ejército contra una insurgencia, ni insurgencias enfrentadas entre sí, sino el Estado enfrentándose a grupos criminales armados, que carecen de control territorial estable como para lanzar ataques sostenidos y que a su vez luchan entre sí. El narcotráfico busca rutas de tráfico de drogas, más que plazas de distribución (Resa, 2005, 5) y México es un ejemplo de país de rutas, con salidas al mar a este y oeste, frontera norte con un país destacado consumidor de drogas y productor de armas, y destino de los inmigrantes sudamericanos, y Guatemala al sur, con los problemas de gobernabilidad analizados. En México actúan organizaciones criminales, algunas cercanas a la protoinsurgencia como los Zetas (Manwaring, 2009, 18-19), pero en ningún caso dos, tres, cuatro y demás bandos establecidos o con capacidad como para desafiar al Estado mexicano. Las organizaciones criminales plantean sólo alianzas puntuales y aprovechan el vacío estatal o la complacencia de autoridades corruptas, pero esto no significa que, de momento,

posean los medios para sustituir al Estado, salvo zonas de descontrol a escala local.

- Diversidad de los contendientes y unidad retórica. No hay unidad en los fines de las organizaciones criminales, sino que esa unidad parece surgir del discurso de las partes, en un interés alto por las operaciones de información (Resa, 2004, 7). El Estado se vale de ese discurso para lograr un enemigo único y lograr adeptos a su discurso de "guerra al narcotráfico" y las partes se valen de tal enfoque para generar confusión sobre su verdadera fuerza. Pero, salvo metafóricamente, no puede hablarse de "guerra al narcotráfico" o de "guerra al terrorismo", ya que es tan absurdo como decretar una "guerra contra los crímenes contra la humanidad", "guerra contra la violación" o "guerra contra el asesinato". Por definición, sólo se combate personas o grupos concretos, no ideas o crímenes.
- Importancia de la situación histórica y geográfica del país. Las causas de este conflicto son sobre todo endógenas, y es necesario acudir a teorías del Estado y de la transición del autoritarismo a la democracia para arrojar luz sobre asuntos como el papel de algunos sectores de los poderes públicos en relación a los narcotraficantes. Pero además, al igual que el conflicto mexicano no puede entenderse en términos de conflicto armado interno, ni de Estado contra insurgencia o grupos criminales dispersos con un objetivo común, tampoco puede analizarse en términos estrictamente estatales. Por un lado, es supranacional en el sentido que el crimen en la frontera con EEUU tiene causas distintas al ubicado en las cercanías de Guatemala. Por otro lado, es local, ya que está relacionado con el control que tenga el Estado a diferentes escalas municipal, estatal y federal, con los grupos armados públicos o privados que operan en cada territorio y las estadísticas de rutas o cultivos de los bienes ilícitos, el número de crímenes sin resolver, etc.

En segundo lugar, tras el análisis de la naturaleza del conflicto, debe abordarse la cuestión de qué cárteles tienen capacidad para cumplir el elemento político del artículo 7.2 ECPI. Los parámetros que se usarán para analizar qué cárteles podrían cumplir el umbral político son: control territorial, capacidad de capturar instituciones, disponibilidad de recursos, aspectos afines con la insurgencia y programa político. De los siete cárteles que actúan tras el sexenio de Calderón: Federación de Sinaloa, Zetas, Cártel de Juárez, Cártel del Pacífico Sur, Cártel del Golfo,

Caballeros Templarios y Cártel de Jalisco (Nájar, 2012), el planteamiento relevante para el elemento político de los crímenes contra la humanidad podría realizarse a partir del cártel de Sinaloa (arraigo territorial, capacidad de capturar instituciones y disponibilidad de recursos), los Zetas (protoinsurgencia y disponibilidad de recursos) y los Caballeros Templarios (arraigo territorial y programa político). El caso de los Zetas ya se ha apuntado en la parte dedicada a Guatemala. El cártel de Sinaloa contrasta con el anterior por la composición de veteranos y su origen en los años sesenta, con una red local e internacional sólida y capacidad para corromper al más alto nivel, basada en una red política y empresarial que le convierten en el cártel con más recursos (ICG, 2013, 11-13 y 48; Hernández, 2010, 14-17 y 539-588). El cártel de los Caballeros Templarios conjuga su arraigo territorial, con una vaga organización político sectaria ligada a una serie de valores neotradicionales de inspiración templaria y centrados en Michoacán, tras derivar del grupo la Familia Michoacana, que compartía algunos de esos rasgos (ICG, 2013, 48; Padgett, 2012, 39-46; Boyer, 2009, 20). Sin embargo, ninguno de ellos ha sustituido su ánimo de lucro por un proyecto político, ni tiene los medios ni intención de instaurar uno insurgente, ni logra el control territorial en el sentido estricto defendido en este texto, sino que siguen el esquema de interacción entre organización criminal y Estado. Por tanto, carecen del umbral político que exigen los crímenes contra la humanidad.

2.2.2. Cuestiones procesales

La cuestión procesal, si se pasara el filtro material anterior, debería enfocarse a la posibilidad de persecución de los crímenes contra la humanidad en el Código Penal Federal mexicano (CPFM) o por el ECPI.

Los crímenes contra la humanidad no están tipificados en el CPFM. Los únicos crímenes internacionales recogidos en ese texto legal son el genocidio (art. 149 bis) y los crímenes de guerra (art. 149, con legislación complementaria en los artículos 209 y 324 del Código de Justicia Militar de México sólo para los conflictos armados internacionales). La comisión de estos hechos cumpliendo el tipo podría hacer que se punieran las conductas que encajaran en el delito penal (asesinato, etc), sin el elemento contextual, pero no se lograría el desvalor de la conducta y, técnicamente no se estaría condenando por crímenes contra la humanidad. Cualquier otra interpretación, como la remisión

directa al texto internacional, sería contrario al principio de legalidad de la legislación mexicana (Dondé, 2007, 119-123).

Si no se implementa el tipo penal de crímenes contra la humanidad en México, debe analizarse si podría intervenir la CPI ante una situación que encajase en el tipo. A modo de hipótesis, dado que México es parte del ECPI, cumple los criterios jurisdiccionales temporal (hechos cometidos después de la entrada en vigor del ECPI), territorial (en territorio mexicano) y personal (por mexicanos). Lo más problemático sería si, salvando el criterio material, algo con lo que no se está de acuerdo como se ha analizado, se plantease el test de complementariedad para que intervenga la CPI (Ambos, 2010, 149-206). En general, la CPI sólo intervendría si México no ha iniciado una investigación de buena fe de los hechos o no la realizase por mala fe (artículo 17.1 y 2 ECPI) o por incapacidad (art. 17.3 ECPI). El Estado mexicano, a pesar de sus déficits, cuenta con unas instituciones, más o menos sólidas y una política contra los cárteles, que incluyen el juicio por los delitos cometidos por individuos vinculados a ellos. La contradicción más flagrante de la acción judicial mexicana provendría de juzgar como delitos comunes los que son parte del tipo de crímenes contra la humanidad. Dada la defensa de que el elemento contextual es parte del tipo, las condenas podrían ser inexactas, pero esto no supondría automáticamente que haya mala fe por parte de las autoridades para sustraer a los acusados a la justicia o incapacidad de éstas.

Un segundo aspecto de una hipotética intervención de la CPI en México es el ligado a los condicionantes que han derivado la intervención de este órgano tras los más de diez años de vigencia, y que concitan aspectos jurídicos y políticos. Según se deriva de las siete investigaciones de la CPI, cinco se refieren a un conflicto armado interno (República Democrática del Congo, Uganda, República Centroafricana, Darfur y Costa de Marfil), una a la política de represión de un Estado contra su propia población (Libia) y otra a violencia postelectoral, en una escalada que afectó al gobierno y a la oposición (Kenia). De los nueve exámenes preliminares, tres se refieren a un conflicto armado internacional (Georgia, Palestina y República de Corea), uno a un conflicto armado interno parcialmente internacionalizado (Afganistán), tres a un conflicto armado interno (Colombia, Nigeria y Malí) y dos a una política de

represión de un Estado contra su propia población (Honduras y Guinea)[10]. Los crímenes cometidos por individuos vinculados a los tres cárteles aludidos no se enmarcan en un conflicto armado ni son parte de una política de ataque contra la población civil dirigida por una autoridad. Quizá por la vía de la situación de Kenia, que se aparta de los umbrales habituales, sí podría crearse un precedente para que otras situaciones fueran analizadas por la CPI, pero de momento esa no es la línea de la práctica internacional.

2.3. Balance

Las ventajas que tiene usar la figura de los crímenes contra la humanidad para perseguir a los cárteles de narcotraficantes mexicanos son la internacionalización jurídica de la situación y el impacto:

- Internacionalización jurídica de la situación. Un proceso por crímenes contra la humanidad contra alguno de los cárteles mencionados implicaría que el Estado mexicano pone en práctica una figura jurídica internacional reconocida y manda un mensaje contra el crimen organizado a escala nacional e internacional. Además, optar por el Derecho como uno de tantos cauces legítimos para afrontar un problema multidimensional revela un compromiso con la legalidad visto positivo por la sociedad.
- Impacto. La carga emotiva que tiene la figura de los crímenes contra la humanidad proporciona un marco simbólico que puede ser capitalizado por las autoridades para concitar apoyos y lograr la colaboración de la ciudadanía o de otros Estados.

Los inconvenientes de utilizar el tipo de los crímenes contra la humanidad para la situación tratada son: expansión indebida del tipo penal, diagnóstico erróneo de la situación y consecuencias colaterales para el Estado mexicano:

- Expansión indebida del tipo penal. Una interpretación del tipo penal de los crímenes contra la humanidad aplicada a los narcotraficantes es errónea, según las características del tipo y el estado de la materia

[10] Corte Penal Internacional, Informe de la Corte Penal Internacional a las Naciones Unidas correspondiente a 2011-2012, 14 de agosto de 2012.

a nivel internacional. La situación en México se encuentra a medio camino entre el crimen organizado y la insurgencia, pero más cerca del primer término que del segundo. Aunque existen rasgos que hablan de protoinsurgencia, las organizaciones que desafían al Estado carecen de la intensidad y permanencia que requiere un movimiento insurgente. Se gravita en un entorno local y privado, sin una unidad entre organizaciones ya que en cada Estado tienen unos vínculos con los poderes públicos distintos, es decir, no hay un polo que concite y alrededor del que graviten los actores no estatales mexicanos, lo que produce una imprevisibilidad elevada. Se trata de un Estado generalizado de descontroles puntuales en el monopolio de la violencia con un repunte de muertes desconectadas e intentos de lograr zonas de impunidad a nivel local, no una campaña de asesinato de civiles en el marco de un ataque generalizado o sistemático, ya que los crímenes desconectados no crean *per se* el sujeto pasivo población civil. Sólo sería posible la calificación de crímenes contra la humanidad si alguna de las partes lograra el control territorial (en un sentido estricto, no con la instauración de un tipo de control mafioso sobre autoridades para lograr la impunidad), o si se demostrara que desde el Estado mexicano, al más alto nivel (no bastaría que empleados públicos locales alentasen una campaña de crímenes) se ordena o tolera un ataque generalizado o sistemático de esos cárteles. La otra alternativa para suprimir el vínculo estatal sería que el Estado mexicano hubiera colapsado, algo que no se ha dado. Puede discutirse si en algunas regiones hay impunidad, pero eso no implica que cada acto realizado allí que no sea perseguido sea parte de una unidad de ataque, salvo en un sentido metafórico. Tampoco basta que una organización criminal capture al Estado, entendido como puesta de las instituciones al servicio de un grupo, por ejemplo, criminal (Buscaglia, González Ruiz y Prieto Palma, 2006, 88 y 96-98), sino que para cometer crímenes contra la humanidad se debe exigir los delitos del artículo 7 ECPI en el hecho global aparejado.

- Consecuencias negativas del diagnóstico erróneo de la situación. Las consecuencias de esa falta de rigor técnico implican que se legitime políticamente a los cárteles, al presuponer un elemento político del que carecen y convertirlos en un poder *de facto* en territorio mexicano. Se daría la oportunidad a que se interviniese desde instancias internacionales, o incluso se podría reconocer que puede estarse ante un conflicto armado interno ya que, aunque los crímenes contra la humanidad han perdido su nexo con un conflicto armado, la

práctica de la CPI revela una mayoría de ocasiones en que la presencia de ataques contra la población civil indica un conflicto de este tipo.

- Consecuencias colaterales para el Estado mexicano. Es de presuponer que una hipotética investigación de la CPI de la situación de México analizaría la "guerra al narcotráfico" y esto no se quedaría en el papel de los líderes de los cárteles, sino que también podría aplicarse la figura a las autoridades mexicanas. De hecho, la Fiscalía de la CPI podría optar por una demanda construida en torno a la investigación de si individuos vinculados al Estado mexicano han cometido crímenes contra la humanidad, ya que se trata del único poder que cumple el elemento político en la respuesta militar al narcotráfico.

3. CONCLUSIÓN: ¿DOS ALTERNATIVAS A LA "GUERRA AL NARCOTRÁFICO"?

Una organización como la ONU dinamiza las políticas estatales y puede acuñar nuevos paradigmas desde el que revertir situaciones difíciles, pero la solución no puede ser la interpretación coyuntural de su mandato, como se plantea en Guatemala. Tampoco el uso ad hoc de un tipo penal consolidado en la doctrina internacional, como los crímenes contra la humanidad, permite un modelo exportable y ni siquiera asegura mejoras en la lucha contra el narcotráfico, como se ha visto para la situación mexicana. Por lo tanto, ninguno de los modelos apuntados es una opción en la "guerra al narcotráfico". Frente a la opción bélica que trata erróneamente a las organizaciones criminales como grupos insurgentes, si quiere optarse por la vía de organizaciones internacionales que apoyen a un país, como fue la CICIG, debe partirse de mandatos a escala regional dirigidos específicamente hacia el narcotráfico; y si se prefiere la vía jurídica, debe aprovecharse los tipos penales relativos al crimen organizado transnacional que derivan del estado de la materia a nivel convencional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bibliografía

Ambos, K. (2005), *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática.* Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer.

------ (2010). *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de "justicia y paz" en Colombia.* Bogotá: Editorial Temis.

Buscaglia, E., González-Ruiz, S., y Prieto Palma, C. (2006), "Causas y consecuencias del vínculo entre la delincuencia organizada y la corrupción a altos niveles del Estado: Mejores prácticas para su combate". En A. Roemer y E. Buscaglia (comps.), *Terrorismo y delincuencia organizada. Un enfoque de Derecho y Economía*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 87-102.

Cassese, A. (2003), *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press.

De la Corte, L. y Jiménez-Salinas, A. (2010), *Crimen.org. Evolución y claves de la delincuencia organizada.* Barcelona: Ariel.

De la Corte, L. (2011), "Criminalidad organizada y conflictos armados", *Revista Ejército*, número 838, pp. 18-26.

Dixon, R., (1999), "Article 7". En Triffterer, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court.* Baden-Baden*:* Nomos, pp. 121-129.

Dondé, J., (2007), "Consideraciones en torno a la implementación de los crímenes que son competencia de la Corte Penal Internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional,* vol. VII, pp. 115-152.

Flores, C. y González Ruiz, S. (2008), "Democracia y crimen organizado". En Solís, L. G. y Rojas Aravena, F. (eds.), *Crimen organizado en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: Catalonia, pp. 51-94.

Gil Gil, A. (1999), *El genocidio y otros crímenes internacionales*. Valencia: Centro Francisco Tomás y Valiente UNED.

-----, *Derecho penal internacional*. Madrid: Tecnos.

Hernández, A. (2010), *Los señores del narco*. México D.F.: Random House Mondadori.

Jordán Enamorado, J. (2011), "Delimitación teórica de la insurgencia: conceptos, fines y medios". En Jordán, J., Pozo, P. y Baqués, J. (eds.), *La seguridad más allá del Estado. Actores no estatales y seguridad internacional.* Madrid: Plaza y Valdés, pp. 113-134.

Kress, C. (2010), "On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision", *Leiden Journal of International Law*, 23, pp. 855-873.

Modolell, J. L. (2008), "Venezuela". En Ambos, K., Malarino, E. y Elsner, G. (eds.), *Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional con un Informe Adicional sobre la Jurisprudencia italiana*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer.

Padgett, H. (2012), "Nazario, el apóstol del narco", *EMEEQUIS*, 16 de abril, pp. 36-47.

Resa, C. (2003), *Los Zetas: De narcos a mafiosos*, Universidad Autónoma de Madrid, El comercio de drogas ilegales en México, Nota de Investigación 4/2003.

----- (2004), *Nuevo Laredo: crimen desorganizado*, Universidad Autónoma de Madrid, El comercio de drogas ilegales en México, Nota de Investigación 1/2004.

----- (2005), *Nueve mitos del narcotráfico en México (de una lista no exhaustiva),* Universidad Autónoma de Madrid, El comercio de drogas ilegales en México, Nota de Investigación 3/2005.

Rodríguez Sánchez, L. y Nieto Muñoz, J. A. (2010), El terrorismo como método del crimen organizado". En R. Benítez Manaut (ed.), *Crimen organizado e Iniciativa Mérida en las relaciones México-Estados Unidos*, México: CASEDE, pp. 87-95.

SCHABAS, William A. (2008), "State policy as an element of international crimes", *Journal of Criminal Law and Criminology,* 98, pp. 953-982.

Schloenhardt, A. (2004), "Transnational organised crime and the International Criminal Court. Towards Global Criminal Justice", *Crime in Australia: International Connections, Australian Institute of Criminology Conference*, Melbourne, 29-30 noviembre.

Serrano, M. (2005), "Crimen transnacional organizado y seguridad internacional: Cambio y continuidad". En M. Berdal y M. Serrano (comps.), *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad*. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 27-61.

Smith, J.M. (2009), "An International Hit Job: Prosecuting Organized Crime Acts as Crimes Against Humanity", *The Georgetown Law Journal,* VOL. 97 (4), pp. 1111-1154.

Vlassis, D. (2005), "La Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Transnacional Organizado". En M. Berdal y M. Serrano (comps.), *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad*. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 131-148.

Werle, G. (2011), *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Zúñiga Rodríguez, L. (2008), *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Comares.

Zimermann, A. (1999), "Article 5". En Triffterer, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court.* Baden-Baden: Nomos, pp. 97-106.

Artículos en periódicos

Boyer, J.F (2009, diciembre), "México contra las mafias del narcotráfico", *Le Monde Diplomatique*, p.20.

Recursos digitales y páginas web

Amnistía Internacional, (2002), *El legado mortal de Guatemala. El pasado impune y las nuevas violaciones de derechos humanos,* Londres, http://www.amnesty.org/es/library/asset/AMR34/001/2002/es/d5a608ca-d8a3-11dd-ad8c-f3d4445c118e/amr340012002es.pdf (consultado el 5 de abril de 2013).

Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, (2008), *Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala: Un año después*, http://cicig.org/uploads/documents/informes/INFOR-LABO_DOC01_20080901_ES.pdf (consultado el 15 de febrero de 2013)

-----, (2009), *Dos años de labores: Un compromiso con la justicia*, http://cicig.org/uploads/documents/informes/INFOR-LABO_DOC02_20090901_ES.pdf (consultado el 15 de febrero de 2013)

-----, (2009), *Armas de Fuego y Municiones en Guatemala - Mercado legal y tráfico ilícito*, http://cicig.org/uploads/documents/informes/INFOR-TEMA_DOC01_20091201_ES.pdf (consultado el 17 de febrero de 2010).

-----, (2010), *Tercer año de labores*, http://cicig.org/uploads/documents/informes/INFOR-LABO_DOC05_20100901_ES.pdf (consultado el 15 de febrero de 2013)

-----, (2010), *Informe sobre actores involucrados en el proceso de adopciones irregulares en Guatemala a partir de la entrada en vigor de la Ley de Adopciones (Decreto 77/2007),* http://cicig.org/uploads/documents/informes/INFOR-TEMA_DOC05_20101201_ES.pdf (consultado el 17 de febrero de 2010)

-----, (2012), *Informe de la Comisión Contra la Impunidad en Guatemala con ocasión de su quinto año de labores,* http://cicig.org/uploads/documents/2012/COM-067-20120911-DOC02-ES.pdf (consultado el 15 de febrero de 2013)

Dudley, S. (2011), "Los Zetas en Guatemala", *InSight Organized Crime in the Americas,* 8 de septiembre, http://www.insightcrime.org/media/k2/attachments/insight_crime_los_zetas_en_guatemala.pdf (consultado el 23 de marzo de 2013)

Fundación Myrna Mack, (2006), *Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala: Herramienta indispensable para el combate de la violencia política en el país*, http://pdba.georgetown.edu/Security/citizensecurity/guatemala/programas/CICIG.pdf (consultado el l de febrero de 2013)

-----, (2007), *Comentarios sobre la pertinencia e importancia de la aprobación de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala*, http://www.myrnamack.org.gt/index.php/analisis/158-comentarios-sobre-la-pertinencia-e-importancia-de-la-aprobacion-de-la-comision-internacional-contra-la-impunidad-en-guatemala (consultado el 1 de febrero de 2013)

Garzón Vergara, J. C. (2012), "La rebelión de la redes criminales: El crimen organizado en América Latina y las fuerzas que lo modifican", *Woodrow Wilson Center Update on the Americas*, http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Garzon.Rebellion.ESP_.pdf

Gutiérrez, E. (2008, 25 de mayo), "CIACS, el nombre de la mafia", *El Periódico de Guatemala*, http://www.elperiodico.com.gt/es/20080525/pais/55896 (consultado el 1 de febrero de 2013).

International Criminal Court Now, (2011), *Respuestas cuestionario "Coalition for the ICC"*,http://www.iccnow.org/documents/Entrevista_a_CICIG-_31_ago_2011.pdf (consultado el 1 de febrero de 2013).

International Crisis Group, (2010), "Guatemala: Asfixiada entre el crimen y la impunidad", *Informe sobre América Latina N°33,* http://www.crisisgroup.org/~/media/Files/latin-america/33%20Guatemala%20-%20Squeezed%20Between%20Crime%20and%20Impunity%20SPANISH%20WEB.pdf (consultado el 19 de febrero de 2013)

-----, (2011), "Learning to Walk without a Crutch: The International Commission against Impunity in Guatemala", *Latin America Report N°36*, http://www.crisisgroup.org/~/media/Files/latin-america/36%20Learning%20to%20Walk%20without%20a%20Crutch%20---%20The%20International%20Commission%20Against%20Impunity%20in%20Guatemala.pdf (consultado el 19 de febrero de 2013)

-----, (2011), "Guatemala: narcotráfico y violencia", *Informe sobre América Latina N°39*, http://www.crisisgroup.org/~/media/Files/latin-america/39%20Guatemala%20-%20Drug%20Trafficking%20and%20Violence%20SPANISH.pdf (consultado el 19 de febrero de 2013)

-----, (2013), "Peña Nieto's Challenge: Criminal Cartels and Rule of Law in Mexico", *Latin America Report N°48*, http://www.crisisgroup.org/~/media/Files/latin-america/mexico/048-pena-nietos-challenge-criminal-cartels-and-rule-of-law-in-mexico.pdf (consultado el 28 de marzo de 2013)

Manwaring, M. G. (2009), "A 'new' dynamic in the western hemisphere security environment: the Mexican Zetas and other private armies", *Strategic Studies Institute*, http://www.strategicstudiesinstitute.army.mil/pdffiles/pub940.pdf (consultado el 15 de marzo de 2012)

Nájar, A. (2012, 10 de octubre), "El nuevo mapa del narcotráfico en México", *BBC Mundo*,

http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2012/10/121010_mexico_mapa_gu erra_narco_carteles_jp.shtml (consultado el 1 de febrero de 2013)

Naveda, E. (2011, 27 de junio), "Es la primera vez que veo a los grupos tradicionales en segunda fila en un proceso electoral", *Plaza Pública*, http://plazapublica.com.gt/content/es-la-primera-vez-que-veo-los-grupos-tradicionales-en-segunda-fila-en-un-proceso-electoral (consultado el 1 de febrero de 2013)

Peacock, S. y Beltán, A. (2006). "Poderes Ocultos, Grupos ilegales armados en la Guatemala post conflicto y las fuerzas detrás de ellos", *Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos -WOLA,* http://www.albedrio.org/htm/documentos/PoderesOcultosenGuatemalaW OLA%5B1%5D.pdf (consultado el 1 de marzo de 2013)

United Nations. Office on Drugs and Crime, (2002), *Results of a Pilot Survey of Forty Selected Organized Criminal Groups in Sixteen Countries*, http://www.unodc.org/pdf/crime/publications/Pilot_survey.pdf (consultado el 17 de febrero de 2013).

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Acuerdo Global sobre Derechos Humanos entre el Gobierno de la República de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, aprobado y entrado en vigor en México DF el 29 de marzo de 1994.

Acuerdo entre la Organización de Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala relativo al establecimiento de una Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala, aprobado en Nueva York el 12 de diciembre de 2006 y entrado en vigor el 4 de septiembre de 2007.

Código Penal Federal de México, aprobado en México el 14 de agosto de 1931 y entrado en vigor el 17 de septiembre de 1931.

Código de Justicia Militar de México, aprobado en México el 29 de agosto de 1933 y entrado en vigor el 31 de agosto de 1933.

Código Penal de Guatemala, Decreto nº 17-73, aprobado en Guatemala el 5 de julio de 1973 y entrado en vigor el 15 de septiembre de 1973.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, aprobada en Palermo el 15 de noviembre de 2000 y entrada en vigor el 29 de septiembre de 2003.

Corte Penal Internacional, Informe de la Corte Penal Internacional a las Naciones Unidas correspondiente a 2011-2012, 14 de agosto de 2012.

Dictamen Pericial rendido ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el experto Carlos Castresana Fernández en el Caso Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala, 18 de abril de 2012, Madrid.

Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado en Roma el 17 de julio de 1998 y entrado en vigor el 1 de julio de 2002.

Ley Contra la Delincuencia Organizada de Guatemala, Decreto Número 21-2006, aprobada en Guatemala el 2 de agosto de 2006 y entrada en vigor el 17 de agosto de 2006.